

PM 2 2023-04-03 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

En regionkommun har beslutat köpa tjänster avseende ombyggnad av ambulanser för 43 miljoner kronor direkt från ett privat företag, utan föregående annonserad anbudsinfordran.

Region Västernorrland (nedan Regionen) beslutade den 16 september 2022¹ att sluta avtal direkt med ett privat företag (nedan Ambulansombyggnadsföretaget) om köp av tjänster för chassibytten av vägambulanser.³ Av ett meddelande om frivillig förhandsinsyn (nedan Meddelandet),² som publicerades den 1 juli 2022, framgår bland annat följande:

”Region Västernorrland har valt att som akutambulanser ha bilar med separat sjukhytt som kan överflyttas till nytt chassi när ursprungligt chassi är förbrukat. Chassiet skall anpassas efter de sjukhytter som redan finns i verksamheten. I leverantörens åtagande ingår fordon, byggnation och installation, anpassning av erforderlig sjukvårdsutrustning samt besiktning av fordonen m.m. i enlighet med angivna kravspecifikationer, se bilaga kravspecifikation med prisbilaga”.³

Någon annonserad anbudsinfordran har aldrig genomförts, utan avtalet har tecknats direkt med Ambulansombyggnadsföretaget genom *direkttilldelning*.²¹ I meddelandet om frivillig förhandsinsyn har Regionen motiverat valet av förfarande enligt följande:

”..tjänsterna kan endast tillhandahållas/utföras av en viss anbudsgivare av följande skäl: Konkurrens saknas av tekniska skäl. Förklaring: Vi har en livslängd på 5 år för ett chassi medan livslängden på en sjukhytt är 15-20år. När chassit är förbrukat flyttas sjukhytten över till nytt chassi. Oss veterligt finns ingen annan leverantör som tillhandahåller dessa chassin och kan göra behövlig ombyggnation samt överflytt av sjukhytt”.⁴

På marknaden för chassiombyggnad av bland annat vägambulanser⁵ finns det på EU:s inre marknad ett flertal sinsemellan konkurrerande leverantörer som borde kunnat komma ifråga för anbudsgivning. ⁶Ambulansombyggnadsföretaget är således inte ensam aktör på marknaden för chassiombyggnad.

Upphandlingens samlade kontraktvärde kan med ledning av vad som anges i Meddelandet uppskattas till c:a 43 miljoner kronor.⁷

Rättslig reglering

Med *offentlig upphandling* avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster och varor mot ersättning.

Upphandling som påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Bestämmelserna är en följd av bland annat kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om

¹ Se nedan under fotnot 2 anmärkta meddelandet/annonsen om upphandling, punkten V.2.1.

² Meddelandet ”Sverige-Härnösand: Ombyggnad av ambulanser 2022/S 186-527624 Meddelande om frivillig förhandsinsyn Tjänster” som skickades den 22 september 2022 till EU-kommissionen för publicering den 27 september 2022 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED. Annonseringen har skett enligt det. s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU). Se även meddelandet Sverige-Härnösand: Plåtslageri 2022/S 182-514023 Meddelande om frivillig förhandsinsyn Byggtreprenader, där upphandlingen den 16 september 2022 felaktigt utlysts till att gälla byggtreprenad - plåtslageriarbeten (CPV 45261310).

³ Meddelandet, punkten II.2.4, ”Beskrivning av upphandlingen”.

⁴ Meddelandet, punkten IV.1.1., ”Typ av förfarande”.

⁵ CPV 50117200, ombyggnad av ambulanser (se vidare fotnot 17 nedan).

⁶ Bland annat finns det ett företag i Tyskland som särskilt specialiserat sig på just sådana tjänster.

⁷ Se Meddelandet, punkterna II.1.4, ”Beskrivning av upphandlingen” samt V.2.4 ”Upplysningar om kontraktets/delens/koncessionens värde (exkl. moms)”.

Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU)⁸ och syftar till att bland annat skapa lika konkurrensförutsättningar och att motverka korrup- tion i offentlig verksamhet.⁹

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av bland annat myndigheter vid anskaff- ning av tjänster genom tilldelning av offentliga kontrakt.¹⁰ Regionkommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att följa lagens bestämmelser.¹¹

Regelverket utgår från ett antal grundläggande principer, som oavsett val av förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling.¹² Av dessa följer att alla leverantörer¹³ ska behandlas lik- värdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn (öppenhet) att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud på samma villkor. Samtliga leverantörer ska vidare ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁴ Lagen har även en förtydligande bestämmelse om att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gyn- nas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹⁵ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

För att vissa leverantörer inte ska gynnas eller missgynnas får enligt 9 kap. 6 § LOU de tek- niska specifikationerna för en upphandling som regel inte innefatta hänvisningar till visst fab- rikat, ursprung eller framställningssätt, som karakteriserar varor eller tjänster som tillhanda- hålls av en viss leverantör, eller till visst varumärke, patent eller typ, ursprung, eller tillverk- ning. Sådana hänvisningar får endast komma i fråga om det annars inte är möjligt att på ett tillräckligt tydligt sätt beskriva det som ska anskaffas, men ska i så fall alltid följas av orden ”*eller likvärdigt*”. Den upphandlande myndigheten ska därför upprätta ett skriftligt underlag med en objektiv beskrivning av de funktioner som den önskar uppnå med den efterfrågade tjänsten, samt lämna möjlighet till alternativa utföranden med likvärdigt resultat.¹⁶

Tjänster för ombyggnad av ambulanser (50117200)¹⁷ eller av andra motorfordon (CPV 50117100)¹⁸ ska, om det samlade kontraktsvärdet¹⁹ överstiger tröskelvärdet 2.236.731 kro- nor,²⁰ upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU.

⁸ Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direk- tiv 2004/18/EG – LOU-direktivet.

⁹ Se bland annat betänkandet SOU 2018:44, avsnitt 7, ”*Ett regelverk som motverkar korrupktion*”, s. 233 ff. jämte där angivna rättskällor.

¹⁰ Se 1 kap. 2 och 15 § LOU.

¹¹ Se legaldefinitionen i 1 kap. 18 och 22 § LOU.

¹² Se 4 kap. 1 § LOU samt justitierådet Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

¹³ *Leverantörer* är enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor eller tjänster.

¹⁴ Prop. 2006/07:128, s. 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108-111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connex- ion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

¹⁵ Se 4 kap. 2 § LOU.

¹⁶ För ”*Upphandling av patenterad tjänst*”, se vidare: www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1591548/patent-yzjy/.

¹⁷ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är fastställt som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska unionen – se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam ter- minologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

¹⁸ Jfr. Meddelandet, punkterna II.1.2, ”*Huvudsaklig CPV-kod*” samt II.2.2, ”*Ytterligare CPV-kod(er)*”.

¹⁹ Vid blandade kontrakt som avser både varor och tjänster ska enligt den s.k. *övertviksprincipen* i 2 kap. 2 § LOU huvudföremålet för upphandlingen bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna. Detsamma gäller för blandade kon- trakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 och andra tjänster.

²⁰ Vad som vid varje tidpunkt utgör *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av rege- ringen i Svensk författningssamling. Det särskilda tröskelvärdet för kommunal upphandling av varu- och tjänstekontrakt inom den klas- siska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2022 till 2.236.731 kronor - se regeringens tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

Vid detta förhållande ska upphandling som regel genomföras i en annonserad anbudsinfordran, där alla på EU:s inre marknad verksamma leverantörer ges lika möjlighet att lämna anbud.²¹ *Direkttilldelning*,²² där den upphandlande myndigheten tillåts vända sig direkt till viss leverantör, får användas endast vid vissa i lagen särskilt angivna undantagsfall.²³ Bland annat om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör, eftersom det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. I lagförarbetena anges bland annat följande.

”Av *andra stycket* [i 6 kap. 14 § LOU] framgår under vilka förutsättningar undantagen i första stycket 2 [tekniska skäl] och 3 [ensamrätt] får tillämpas. Dels krävs att det inte finns några rimliga alternativ, dels att denna situation inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Med detta avses att den upphandlande myndigheten inte själv skapat bristen på konkurrens genom att utforma förutsättningarna för upphandlingen på så sätt att bara en viss leverantör kan komma ifråga”.²⁴

I skäl 50 till LOU-direktivet anvisas härutöver följande.

”Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling endast användas under mycket exceptionella omständigheter. [...] Upphandlande myndigheter som åberopar detta undantag bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom att använda alternativa distributionskanaler, inklusive utanför den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns, eller överväga till sin funktion jämförbara byggtreprenader, varor och tjänster. Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör de definieras och motiveras ytterst noggrant från fall till fall. Det kan exempelvis röra sig om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan ekonomisk aktör att uppnå erforderlig fullgörandenivå eller att det är nödvändigt att använda specifik kunskap eller specifika verktyg eller medel som endast en ekonomisk aktör har. Tekniska skäl kan också innebära särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas i syfte att säkerställa att de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas kommer att fungera”.

Enligt en inom unionsrätten allmänt gällande *försiktighetsprincip* ska varje undantag från de regler som säkerställer effektiviteten av regelverket för offentlig upphandling tolkas restriktivt och bevisbördan för sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget ankommer på den upphandlande myndigheten att visa.²⁵ Vid åberopande av *tekniska skäl* måste myndigheten således kunna visa att det inte finns något rimligt alternativ och att avsaknaden av befintlig konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av upphandlingsförutsättningarna.²⁶ Myndigheten ska även kunna visa att de skäl som motiverar undantaget gjort det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till den valda leverantören.²⁷

Den omständigheten att den upphandlande myndigheten tror sig veta att endast viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för aktuella leveranser (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför inte undantag från att annonserad upphandling ändå ska genomföras. I målet *kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) hade EU-domstolen att bedöma ett förfarande där två tyska kommuner (Bockhorn och Braunschweig) tilldelat kontrakt direkt till ett visst företag utifrån en uppfattning att inga andra leverantörer ändå skulle kunna komma ifråga. Tyskland

²¹ En annons om anbudsinfordran ska enligt 10 kap. 1 § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1152) skickas för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.

²² Med *direkttilldelning* avses här ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12-19 § LOU, som skiljer sig från *direktupphandling* enligt 19 a kap. samma lag.

²³ Här aktuella undantag kan enligt 6 kap. 12–19 §§ LOU föreligga vid följande förhållanden: - det har vid en tidigare genomförd annonserad upphandling inte har lämnats några lämpliga anbud (se 12 §) eller enbart ogiltiga eller oacceptabla anbud (se 16 §), - syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation, det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör (se 14 §) - det, på grund av synnerlig brådskande som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten är omöjligt att hålla de tidsfrister som annars gäller vid ett annonserat förfarande och anskaffningen är absolut nödvändig (se 15 §), - anskaffningen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tidigare upphandlade tjänster från samma leverantör (se 18 §) eller – vid upphandling av en tjänst som följer på en projekttävling, där kontraktet ska tilldelas vinnaren eller vinnarna (se 19 §).

²⁴ Prop. 2015/16:195, s. 998.

²⁵ Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt HFD 2017 ref. 66 med där anmärkta rättsfall.

²⁶ Jfr. jfr. 4 kap. 2 § LOU.

²⁷ EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, p. 24.

medgav i domstolen att de i upphandlingsdirektivet angivna villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (p. 57).

Detta accepterades dock inte av domstolen, som vid sin bedömning fann att detta inte kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden. Domstolen uttalade istället att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för ensamrätt måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen samt att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens” (pp. 62 och 63). Tyskland fälldes således för att de båda kommunerna hade åsidosatt gällande upphandlingsbestämmelser²⁸ och hotades senare med att få betala omfattande viten.²⁹

En upphandling som annonserats genom frivillig förhandsinsyn kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). En ansökan om sådant ingripande ska ges in inom en frist av tio dagar räknad från det att annonsen publicerats, därefter finns inte längre möjlighet att föra sådan talan.³⁰

Domstol kan även på talan av Konkurrensverket besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.³¹ En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av det aktuella kontraktets värde.³² Talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt inom sex månader från lagkraftvunnen dom avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.³³ Därefter kan talan heller inte längre prövas.

Yttrande

Regionen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Slutlig bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Regionen är som upphandlande myndighet skyldig att iaktta regelverket i LOU vid sina anskaffningar. Av utredningen framgår att Regionen utan föregående annonserad anbudsinfordran beslutat köpa tjänster för chassiombyggnad direkt från Ambulansombyggnadsföretaget.

Eftersom det rör sig om ett tjänstekontrakt till ett värde över tröskelvärdet ska upphandlingen genomföras med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Som huvudregel ska anbudsinfordran därför ske genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Undantag från detta krav kan endast komma ifråga vid särskilda i lagen angivna omständigheter, som det ankommer på Regionen att visa.

²⁸ Se bl.a. EU-domstolens dom i de förenade målen *kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220.

²⁹ Se *kommissionen mot Tyskland* (C-503/04) EU:C:2007:190.

³⁰ 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 3 LOU.

³¹ 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

³² 21 kap. 4 § LOU. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde.

³³ 21 kap. 7 § LOU.

Såvitt framkommit menar Regionen att det föreligger undantag på grund av tekniska skäl, eftersom det myndigheten ”*veterligt finns ingen annan leverantör [än Ambulansombyggnadsföretaget] som tillhandahåller dessa chassin och kan göra behövlig ombyggnation samt överflytt av sjukhytt*”.³⁴ Någon sådan inskränkning där myndigheten tror sig veta att endast viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för aktuella leveranser (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför dock inte undantag från kravet på annonserad upphandling.

Ett annonserat förfarande ska istället genomföras med iakttagande av de unionsrättsligt grundade principerna om bland annat likabehandling och icke-diskriminering, så att samtliga leverantörer inom hela EU:s inre marknad ges möjlighet att lämna anbud.

Åtgärden att bygga om chassin på ambulanser är knappast så unik att Ambulansombyggnadsföretaget skulle vara ensamt att tillhandahålla denna tjänst inom hela EU:s inre marknad. Tjänsten ”ombyggnad av ambulanser” har till och med ett eget CPV-nummer inom den upphandlingsrättsliga nomenklaturen.

Regionens beslut att köpa aktuella tjänster direkt från Ambulansombyggnadsföretaget har därmed fattats i strid mot lagens bestämmelser, som bland annat syftar till att motverka korruption vid offentlig verksamhet. Det finns mot denna bakgrund anledning att rikta allvarlig kritik mot Regionen, som på detta sätt har snedvridit konkurrensen på den allmänna marknaden ombyggnad av ambulanser och andra fordon.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Regionen att tvingas betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter, med upp till c:a 3 miljoner kronor, motsvarande sju procent av det aktuella kontraktsvärdet.

³⁴ Se Meddelandet, punkten IV.1.1., ”*Typ av förfarande*”.